

1. 「処分」該当性

取消訴訟の対象となるのは、「処分」性が認められる行為である（行政事件訴訟法（以下、行訴法）2条2項）。処分性とは、国または公共機関等がする行為のうち、直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定することが法律上認められているものである。よって、上記の基準に照らし、甲のXに対する本件戒告の処分性を検討する。

本件戒告は、甲がXによってP公園に設置されたテントを除去する、代執行手続の通知である（行政代執行法3条1項）。法律上の根拠に基づく行為であるが、代執行を行う期間を伝える者に過ぎず、事実上の行為であって、Xの権利義務を形成するものとはいえないから、処分性が認められないと甲は反論する。と考える。

しかし本件戒告は、その後の代執行（行政代執行法3条1項、2条）の要件を充足する行為である。甲は本件戒告前に、Xに対して本件除去命令を行っており、代執行とは、甲がXに代わり、Xが設置したP公園内のテントを除去する行為と考えられる。よって、代執行に処分性が認められる場合、本件戒告はXに当該テントの除去を強制させる代執行の出発点となるものであるから、代執行と一体のものとして処分性が認められると考えられる。よって、Xに対する除去義務が「法律により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為」（同法2条）であって、処分性が認められるか検討する。

(1) 本件除去命令は法27条柱書における「都市公園に存する工作物の…除去」を命じるものであり、法律に基づく命令である。また、本件除去命令によってXは自らが設置したP公園内の自己所有のテントを除去しなければならない義務が生じるから、本件除去命令はXに対し直接義務を生じさせるものといえる。

(2) 甲は市であり、本件命令は公共機関によるものといえる。また、要件充足によって一方的にXに対しテントを除去する義務を課しているから、公権力性は当然に認められる。

(3) 以上より、本件除去命令ないしXの除去義務は「法律により…行為」として処分性が認められる。つまり、これと一体である本件戒告にも処分性は認められると解する。

設問 2

第 1 (1) について

1. 裁量逸脱・濫用の主張

前述の通り、本件除去命令は法 27 条柱書に基づく命令である。法 27 条は、該当者に対する監督命令を規定しているが、監督処分として「許可の取消…現状に回復する」等の種類が存在する。条文の文言および、都市公園の健全な発達おとび公共の福祉という法の目的（法 1 条）を達成するには行政的・多角的な視点が必要であるから、監督処分の効果につき行政裁量が認められると考える。

しかし、その裁量につき無制限ではなく、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量の逸脱・濫用したと認められる場合、本件除去命令は違法となると考えられる（行訴法 30 条）。

2. ①～④の事情の評価

(1) X は当該テントを生活の基盤としており、除去がされた場合、X は居住する場所を奪われることになる。X は「ホームレス」（資料 2 第 2 条）にあたり、X が甲市内において生活をしている以上、甲市は X の自立を支援し、必要な施策をしなければならず（同 1 条）、生活の基盤を奪うような裁量を行使してはならないといえる

(2) 甲は P 公園のごく一部を占有しているにすぎず、形式的に公園占有の許可を得ていないこと（法 1 条）をもって、テント除去という上記の監督処分の中でも重い処分をすることは妥当ではない。また、①の事情と併せても、本件除去命令は X の生存権（憲法 25 条 1 項）に著しい影響を生じさせるから、不当に過大な処分であると考え

(3) 他にも無許可占有しているホームレスがいるにもかかわらず X のみが命令を受けることは平等原則に反する。また、このような不平等処分をした理由として、X が行政に対するホームレスの抗議運動に参加していたことが考えられる。法 27 条は各号の該当者を対象に監督処分をするものであり、X が抗議運動に参加していたことは該当者にあたるの理由にならず、これをもって本件除外命令をすることは、本来考慮要素とすべきでない事項を考慮する他事考慮に当たり、不当であるといえる。

(4) 以上の検討より、X に対する本件除去命令は X が法 6 条 1 項の許可を得て

「X の立場に
立つて」
「裁量」について
「行政裁量」
「行政裁量」
「行政裁量」

「X の立場に
立つて」
「裁量」について
「行政裁量」
「行政裁量」
「行政裁量」

「平等原則」
「平等原則」
「平等原則」
「平等原則」
「平等原則」

「他事考慮」
「他事考慮」
「他事考慮」
「他事考慮」
「他事考慮」

「X の立場に
立つて」
「裁量」について
「行政裁量」
「行政裁量」
「行政裁量」

「X の立場に
立つて」
「裁量」について
「行政裁量」
「行政裁量」
「行政裁量」

「X の立場に
立つて」
「裁量」について
「行政裁量」
「行政裁量」
「行政裁量」

いないこと（法 27 条 2 号）のみが理由となるにもかかわらず、他事考慮をした結果、平等原則に反し不当に過大な除去命令をしたものといえる。よって、社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量の逸脱濫用があったといえるから、本件除去命令は違法と解する。

第 2 (2)について

1. 行政処分は、取消訴訟によって取り消されるまではその効力は有効であるから、取消訴訟の対象となる処分以外の行政行為の違法性を、当該訴訟で主張することは原則できない。もっとも、取消訴訟の排他性の趣旨は紛争の争点拡大を防止し、効率的な審理を行って紛争の合理的解決を図るものである。
したがって、2つの行政処分が一体なものとして評価できる場合、争点の拡大は生じず、紛争の合理的解決を図ることは可能である。よって、このような場合は取消訴訟の排他性の趣旨に反しなから、例外的に許容されるといえる。

- (1) 本件除去命令と本件戒告が一体といえるかは、それぞれの行政処分の目的および効果が同一なものといえるかを基準に判断する。
- (2) 前述の通り、本件除去命令における除去義務は本件戒告と一体なものといえる。本件戒告は、本件除去命令の目的であるテントの除去を、甲が代替的に行うためにされるもので、その目的と効果は一致しているといえる。また、代執行手続として、本件除去命令をしてはじめて本件戒告がされるから、本件除去命令は本件戒告の前提な行為といえる。

- (3) よって、両処分行為は一体なものとして評価できるから、X は本件取消訴訟において、本件除去命令の違法性を理由として主張できる。

2. これに対し、本件除去命令がされた段階において、X はこれに対する取消訴訟が提起できたのであるから、仮に出訴期間経過後の先行処分の違法性を、後行処分の取り消し訴訟で主張した場合、一体性であることを理由に違法主張を認めることは出訴期間制限（行訴法 14 条 1 項）の潜脱となるから認めることは妥当ではない。よって、甲は出訴期間を経過していない本件除外処分の違法性を本権戒告の取消訴訟で主張することはできないと反論するものとする。

しかし、出訴期間内であれば、なおさら、取消訴訟の対象となっている行政

処分と一体と評価できる他の行政処分の違法性を、訴訟において主張することは許されるべきである。よって、上記の反論は妥当ではない。

3. 以上より、Xは本件戒告の取消訴訟において、本件除去命令の違法性を、本件戒告の違法事由として主張できる

答申作成がかりかりさまで17。

「おつ」「つまり」「17に477」などの接続詞が使われているものの、前後の文脈のつながりがよく分かっていないことが多く、接続詞の使いかたは注意して書くように思っています。

応援しています。頑張ってください。

辻本

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABCD)

3

第1 設問1

1 本件戒告は「処分」(行政法3条2項)にあたるか。

2 (1) 「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することか法律上認められているものをいう。

(2) 本件戒告は、行政代執行法3条1項に基づくから、法律上の根拠がある。本件戒告は、Xを本件代執行をほば本件除却命令によって課された義務を履行しなければ、本件代執行が行われることになるという地位に立たせるものであるから、法効果性がある。このような法効果は本件戒告により直接生じるもの。甲市長のAが本件戒告をすることで、直接・一方的に生じるものであるから、本件戒告には直接性及び公権力性がある。

(3) (2)に対する反論として、①本件戒告は本件代執行の前提となる手続にすぎず、法効果性がない、②Xは本件代執行を争えば足りるから、本件戒告に処分性を認める必要はない、という主張が考えられる。

しかし、①について、戒告によってXが上述の地位に立たされる以上、前提手続だとしても法効果性は否定できない。また、②について、本件代執行によって本件テソト等が除却された後に本件代執行を取り消されたとしてもXの救済にはならず、代執行は戒告後迅速にせられるものであるから、Xの実効的権利救済の観点から本件戒告の段階でXに争わせるべきである。したがって、本件戒告の段階で処分性を認める必要がある。

(4) 以上より、本件戒告には処分性がある。

3 よって、本件戒告は「処分」にあたる。

第2 設問2

1 小問(1)

定義が正確か
よいぞう

除却命令と義務を課する行為と
戒告とは義務を課する
行為ではない
一方、相対的な
地位に立たせようとする
行為は処分性がある

問題点を
きちんと挙げて

なぜ、具体的には上述の
地位に立たせる行為は
処分性があるのか
12はいいぞう

権利救済の必要性
について、行政法3条2項
の定義
よいぞう

ページ

裏面へ

(1) Xは法6条1項の占用許可を受けずに本件テント等を設置しているから、「この法律…に違反している者」(法27条1項1号)にあたる。もっとも、本法27条1項柱書は「できる」と規定しており、監督処分をすべきかどうかは公益的観点からの専門的判断が必要で行政府の判断を尊重に委ねるべきだから、効果裁量が認められる。

Xの立場から
裁量に117。
触れなくてはならない

本件除却命令は裁量の逸脱・濫用ではないか。

(2) ア 判断の過程や内容が著しく不合理な場合は、裁量の逸脱・濫用にあたる。

イ ①について

~~本件除却命令により、Xは生活テント~~ 本件テント等が除却されると、Xは生活基盤を失うことになる。法1条は公共の福祉の増進を目的に掲げているところ、本件除却命令はXの生活を侵害するものであり、法の目的に背き、また、ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法1条では、公共団体が一定の積極的義務を負うこと~~が~~までありうることが掲げられており、少なくともホームレスの生活を侵害しない消極義務は当然に負うと解される。

甲市の得よう利益を
具体的に認定し、
Xの被る不利益と
比較衡量して211

~~したがって、本件除却命令は、法の趣旨に反しており、著しく不合理なから、裁量の逸脱・濫用にあたる。~~ ^{趣旨に}したがって、法の趣旨に反している。

ウ ②について

Xは公園のごく一部しか使っておらず、トラアルもないから、除却命令まで行うのは比例原則に反する。法7条は^{趣旨}公共の利用に支障がなく、やむを得ない場合は許可できるとしており、Xはこれに該当する。

甲市の得よう利益が
小規模にせよ認められ
て211

エ ③について

Xのみが追い出しの対象となっており、他のホームレスは対象となっていないことから、平等原則に反する。『要件に該当する者には、全て、除却命令を要するべきである』は211

オ ④について

『^{趣旨}理由が言わなければならない。裁量的である。』

命令の目的は、ホームレスの権利^{レス}運動を行うXに対する報復的措置を行うことで~~権利運動を萎縮~~させることにあり、公共の福祉の増進という法の目的と無関係である。したがって、他事考慮による処分であり、著しく不合理である。

2 ページ

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABCD)

カ 以上より、本件除却命令はその判断の過程や内容を著しく不合理なものであり、裁量の逸脱・濫用である。

~~2 小問~~

(3) よって、本件除却命令は違法である。

5 2 小問(2)

(1) 本件除却命令の違法性は、当該命令の取消訴訟で主張できる以上、後続の本件戒告の取消訴訟においては主張できないのが原則である。しかし、例外的に主張できないか。

公衆の利益
除去の利益

(2) ① 先行処分と後続処分が同一の目的・効果に向けられており、② 先行処分と後続処分の手続が実質的に一体となっており、③ 先行処分の取消訴訟も提起して先行処分の違法性について争わなかったことが不合理とはいえない場合には、例外的に先行処分の違法性が後行処分に承継される。

15 本件除却命令は、本件テント等の除却を命じるものであり、本件戒告は本件テント等の除却の代執行もされる地位にXを立たせるものであるから、両処分は本件テント等の除却という同一の目的・効果に向けられているようにも思われる。しかし、本件除却命令はXに対して除却義務を課して任意の除却を求めるものにすぎないのに対し、
20 本件戒告は強制的に除却されうる地位にXを立たせて除却を強制し、強制的に除却を実現しようとするものであるから、~~両処分~~。義務を課すことが目的の処分と強制義務の強制が目的の処分が同一の目的とはいえない(①不充足)。また、両処分の手続は全く異なる(②不充足)し、Xは本件除却命令の取消訴訟を提起して、~~その違法性~~を争うことが容易であった(③不充足)。

法的義務と強制の区別に
注意が必要

25 したがって、例外的な違法性の承継はない。

(3) 以上より、本件除却命令の違法性を、本件戒告の取消訴訟で、本件戒告の違法事由として主張することはできない。

3 ページ
裏面へ

答案作成 見つかりました。17=。

設問2(1)では、甲の得る利益と、乙の得る不利益とを較
べて記載するが、設問が「増収は否」である。

字が読みやすいので、採点しやすい。この調子で頑張る
ください。

辻井

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABCD)
B

第1 設問1 について

行政事件訴訟法

1. 本件戒告は、取消訴訟の対象たる処分(行政処分)にあたる。

2. 「処分」とは、公権力の主体たる国又は地方公共団体の行う

行為のうち、その行為により国民の権利義務を形成し、その

範囲を確定する法律上の規定を有する行為である。

3. もっとも、これは処分の一つを画したにすぎず、規定の仕方、

求むるの必要性の観点から、処分性が認められる場合

がある。

3. 本件における代執行の戒告は、行政代執行法第

12条に基づき発せられ、法律上の規定によりその効力

を有する。戒告は代執行を促す旨を通知するに

すぎず、国民の権利に及ぼす行為の性質を及ぼす

ことはない。処分性を否定する立場からは、このような反論が

考えられる。しかし、戒告は代執行を促すことにより、代執行が

なされることとなる。また、代執行は、即座に

なされることから、代執行の取消や差止めをすることはできない。

以上のようは、戒告を受けた者の求むるの必要性から、

戒告について、処分性を認める。

4. したがって、本件戒告は取消訴訟の対象たる

処分にあたる。

第2 設問2 (1) について。

1. 本件では、これは①～⑤の事実情に基づき、本件除去訴訟

が提起されたことに基づきしている。

本件除去命令は省庁市公団法(以下、法)27条1項

1号に基づき発せられている。同項、括弧には「厚労省に同法

に基づき命ずることを認める」とあることから、甲市は

処分は二つの法的効果
行政上の義務を正法に
制裁せしめるにあり
といえる

問題点を
とらえて

戒告は代執行と一体的な
行為で、戒告と代執行が
あるから、この点で戒告は
処分性、処分性がある

権利取消の必要は、
この点からいえる
といえる

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABCD)

次に④について、~~③~~ ~~行政法~~の目的は
 法条により、「若しくは公園の健全な発達を図り、もて公共
 の福祉に寄与するに資することを旨とする。これに反して、又
 がホームレスの権利の運動に積極的に参加して、
 ⑤ これを以て、降却命令を~~付~~するの法、法1条の目的
 に違反し、裁量の逸脱、濫用を認める。
 ③) したがって、本件~~④~~降却命令は、^{裁量}裁量の
 逸脱・濫用を認める。
 4. 以上により、~~④~~①～④における事情によつて、
 10 本件降却命令は違法である、
 第3 設問 2 (2) について。
 7. 本件戒告の取消訴訟を適法に提起したとき、本
 降却命令の違法性を~~本~~取消訴訟に於て主張
 15 でき~~るか~~か。違法性が承認されることが問題となる。
 2. 違法性の承認は、前記の取消訴訟の提起後期間
 が経過した場合、前記の取消訴訟の提起後期間
 原則として、例外的に、この違法性を後続処分
 において主張することができるとした。
 20 これを違法性の承認が認められるには、④前記のと
 後続処分があるといふ。同一の処分を発生するとして、
 ⑦ ⑥・一般人にとって、前記の取消訴訟の提起が難
 いこと、⑤~~一般に~~⑥において~~取消訴訟~~提起
 ⑧ が必要となること、~~本件~~が必要である。
 25 3. 本件では、本件降却命令がはじかれたのは、〇年1月13日
 であり、戒告がなされたのは1月18日であり、
 この変更期間が23日であり、又は戒告を執行しようとして

民間施設等の
 利用に
 24日

公益に
 問題提起

利権
 本件

2を考慮すると、そもそも、事件除去命令が6月を経過した後は考えがたい(行訴法14条1項)。したがって、~~3~~

除去命令は「不利益処分」で、
告知して「い」点から
判断して「い」は「
おかし」

② 又は事件除去命令の取消訴訟を提起するべきではない。

また、仮に提起期間満了を待てないとして考えても、

5 事件除去命令と戒告は本質的に別物であり、戒告は代執行
行をせよとの命令に相当するものではない。また、代執行は命令
に従わない場合にのみなされるものである。したがって、安全認

た後で「い」

③ 定と建築審判官のように~~2~~のもともとの
処分が別であり、2つになり、同一の効力を発揮する
10 ものではない(④不足)。

さらに、又は事件除去命令がなされた時点で、

~~除去命令~~ 除去命令がなければ、代執行が行われとも考えがたい。

~~除去命令がなければ~~
手続的除去に「い」
除去命令「い」は「い」

③ 除去命令の存在自体を争うことができ、事件除去命令
の取消訴訟を提起するべきではない(67
15 条)。

~~67条2項 事件除去命令を~~

4. したがって、3を認めないの前提は認めない

よって、7は事件除去命令の取消訴訟において、事件除去
命令の取消を主張するべきではない。

以上

答案作成のついでに17=0

設問1、設問2(2)などは、よく書いていたと思う。

判例の検討もよくできていたと思うので、この調子で頑張る

くだい。

以上